

 HUNYINFA ANLI CHONGSHU

婚姻法

案例重述

HUNYINFA

李显冬 主编

HUNYINFA
ANLI CHONGSHU

中国政法大学出版社

D923.905/15

2008

婚姻法案例重述

主 编 李显冬

副主编 郑广森 张 红

撰稿人 李显冬 郑广森 张 红 王双京
疏振娅 龙云丽 王福强 宝 颜
陈绍芳 李兆军 黄 杨 李 平
马吉亮 扶晴晴 于 敏 刘 臻
武建峰 杨若蒙 张 赞 高海玲
舒 翔 高小玲

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

婚姻法案例重述/李显冬主编. - 北京:中国政法大学出版社,2008.3

ISBN 978-7-5620-3180-2

I. 婚... II. 李... III. 婚姻法-案例-分析-中国 IV. D923.905

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 033960 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16 开本 16.5 印张 320 千字

2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5620-3180-2/D·3140

定 价:26.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

案例与法

——兼论两大法系的法律方法论之异同^{〔1〕}

(代绪论)

一、案例研究在法学教育中的地位和意义

(一) 案例研究是法律学习目的所决定的不可或缺的内容

中国人历来认为,学习和研究的目的在于实践,学习法学的目的就是为了运用,故对于学习法律的学生来说,要想学好法律必须有正确的与实践相结合的方法。由于法律教育的成败得失事关国家法治的盛衰,因此在法学教育中,对法学教育方法的研究意义重大。

就其本质而言,法无非是在人类社会中对整体秩序具有规定作用的、并以人们的外在行为作为其调整对象的一种行为规则。民法是调整平等民事主体之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和。当某种社会关系受到民法的调整和规范的时候,这种社会关系就成为民事法律关系。

法律的适用,是指将法律规范适用于具体案件以获得判决的全过程。如果某一具体的法律规范规定,具备某种构成要件就会产生某种特定的法律效果,那么当待决案件的事实符合这种构成要件时,该待决案件事实就应当产生这种特定的法律效果。法律能否正确而有效地实施,取决于人们对立法意图、立法目的、立法精神和原则能否正确认识和理解,具体来说,就是对案件所包含的社会关系能否正确认识和理解。

所以,从某种意义上说,适用法律的过程,也就是依据法律的有关规定来分析判断案件中所包含的社会关系的过程。正因为如此,在进行这种法律适用的逻辑

〔1〕 在我上研究生期间,杨振山老师是民法硕士研究生导师组的组长,我毕业留校后,他是教研室主任,我是党支部书记,一直在他身边。在此期间,杨老师带领我们完成了《民法案例精析》和《民商法实务研究》两部著述,这篇文章就是我当时学习和研究案例教学的一点体会。1999年我随江平老师、谢怀栻老师、杨振山老师等去台湾进行学术交流,这篇文章是我参加交流的学术论文。杨振山老师不幸逝去的消息突然传来,思绪万千,自己写下了一首挽诗,以资怀念:“扬名天下,名振四方,水长山高,鬼雄亦强。”现将此文修改补充后予以发表,以表达对杨老师的哀思。

推理之前,必须先寻找出可得适用的法律规范,即找法。找法的结果无非有三:一是有可以适用的法律规范;二是没有可适用的法律规范;三是虽有规定,可由于其过于抽象,必须加以具体化。无论哪种情况,均需对法律规范进行解释,或使之系统化;或使漏洞得以弥补;或使法律规范的价值得以补充。^[2] 德国萨维尼曾说过:“解释法律,系法律学之开端,并以其为基础。”梁慧星老师进而发挥说:“法解释学作为科学的实用法学,并不是以法律解释本身作为目的,而是以裁判的先例为素材,以预见将来的裁判为目的。”

故可见,无论是法律的学习,还是法律的适用,都不可避免地要涉及到案例研究问题。这是因为,法律本身,特别是条文本身是死的东西,如果学生仅仅注重于对法律注释的研究,孜孜于法律、甚至孜孜于字义的解释,而忽视了法律的运用,特别是不能以活的头脑来解释死的法律,那么其既没有把握法律学习的真谛,忘记了“法学理论的研究,乃是法律真正科学的研究”,^[3]而且又由于此种学习方法养成了动力定型,使其在遇到某种事实没有现成的解释例可适用时,往往变得迷茫不知所措。

(二)案例学习法是学生在法律学习中必不可少的方法

显而易见,一个法律院校并非只要挂一块法学院的牌子、再开几门法律课程就算在办法律教育。法律教育当然首先是为了培养法律人才,^[4]法律人才当然得掌握法律知识。而要掌握法律知识,又必须先弄懂法律是怎么回事。在大陆法系各国,各种法学知识的学习,一般来说,是要求学生首先掌握基本概念、基本制度和基本理论。但是,学习理论的目的是为了更好地运用,掌握了法学基本理论还是不够的,学生还得学会运用法律。

正因为如此,学习法律的学生决不能仅仅专注于法律条文的分析,更不能只对现行法律条文穿凿附会,而应当在法律条文之外,对社会变迁、社会现状、社会发展趋势有相应的了解,而要做到这一点,研析各种案例便是最便捷的途径之一。故学习法律的学生,在将必要的社会科学作为基础课的同时,在学习各种法律学科的过程中,还应注重对典型案例的研析。

历史上各法学流派的研究方法各有特点。分析法学派的研究方法旨在鉴别法律现象的共同要素,侧重于分析解剖具体法律的成分与构成,而脱离了典型案例的

[2] 王泽鉴:《民法实例研析·基础理论》,作者自版,第116~120页;杨仁寿:《法学方法论》,三民书局有限公司1987年版,第119~121页。

[3] Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2d ed., p. 133.

[4] 孙晓楼:《法律教育》,中国政法大学出版社1997年版,第11页。

形象思维,使学生往往难以把握抽象规定的度与量。

历史法学派从法律的发源与成长来推求其原理和原则。并且,即使在大陆法系中,几乎每一个原理和原则也都能找到其藉以发端的著名案例。

哲学法学派是以抽象的伦理目光来批判现实的法律。但不通过现实的案例,何以得知现实法律的弊端?比较法学派的研究方法侧重于对各种法制的异同进行比较。收集材料的标准虽有不同,但案例无疑是其重要的内容。而社会法学派崛起以来,法律的研究方法发生了重大转变,更倾向于实际的、广义的、功用的研究。由过去对现实法发表其空洞的理论,或者拿空洞的理论来解释现有的法律的学风,而逐渐变为实际研究。目前各国的学者均认识到过分偏于理论往往用非所学,难以致用,理论脱离实际,所以,不论是大陆法系中的学者,还是英美法系的学者,近代以来,在著作、讲授和课程编制方面,都重视以案例研究为主要的教学方法。^[5]

所以,学法律,不但要学条文,学司法解释,更要研究案例。

(三)案例分析是法学学生的基本功

在英美法系国家,不成文的案例法,特别是一些高级法院的著名法官的判例,实际上起着法律的作用,因此判例法的学习就成了英美法系法学学生课堂学习的主要内容。顺理成章,案例分析也就成为法学学生最基本的学习方法。

在大陆法系国家,尽管不承认法官的造法作用,但事实上在成文法之外,依然不能完全否定判例的参考作用。可以说,无论在理论上,还是在实践中,判例对任何一个法系都是不可或缺的。大陆法系的理论抽象,讲究围绕法律关系进行法学理论学习和研究,案例就是现实法律关系的概括和抽象。研究法律关系无疑须以具备案例分析的能力为前提。

(四)正确地分析案例是法学理论学习效果的检验标准

法学与一般社会科学不同,其不但以现行法为研究对象,而且应致力于形成对人类社会有利的规范作为自己的任务。为了使现行法达到维护统治阶级的社会关系和社会秩序的目的,为立法和法律解释等法律实务提供必要技术为目的的实用法学,必须针对具体的案例事实,将判例的分析作为其重要的研究内容。

对一个真实的案例来说,搞清案情即案件的客观情况其实是个证据问题。就课堂学习而言,学生的任务只是从仅剩下最基本的社会关系的案情介绍中,一步步地找出其所包含的全部法律关系。换句话说,分析一个案例时,只要学生弄清了其中所包含的一层层的法律关系,正确认定了这些法律关系的性质,也就知道了各方

[5] 孙晓楼:《法律教育》,中国政法大学出版社1997年版,第43页。

当事人究竟享有哪些权利,同时又承担哪些义务。

法律被正确适用的过程,无疑是以一个具体案件得以正确分析为基础的。案例分析在实践中的重要意义,决定了其在理论学习中的重要地位。

二、案例研究在法律方法论上的意义

由于历史的原因,中国的法律现代化一开始就囿于大陆法系的窠臼之中,中国近代最早的《民法》和《民事诉讼法》都是主要模仿大陆法系国家的。众所周知,我国目前的《民法》和《民事诉讼法》在理论体系上,也都属于大陆法系。随着改革开放的不断深入和发展,我国与英美法系国家的交往日益密切,而且,在我国诉讼法修改以后,祖国大陆的诉讼制度正在由“纠问式”向“辩论式”演化。可虽然诉讼程序在法律上已改为了辩论式,而实体法却依然是法典化的。故研究两大法系对案例的态度,就有了更加现实的意义。

(一)普通法的遵循先例与大陆法的三段论

美国法学家梅利曼在《大陆法系》一书中说过:“两大法系在司法程序中的重大差异,并不在于两种法院实际上在做什么,而在于它们各自居于传统地位的社会习俗观念要求法院应该做什么。”〔6〕梅利曼认为,两大法系的真正差异在于法典编纂的思想、法典系统化和概念化的程度以及对待法典的态度不同。〔7〕我国法学界的通说认为,两大法系的区别在于法律方法论的不同。

普通法系国家,法院在处理具体案件的时候,首先要探讨以前类似案件的判决,并从中找出适用于所要处理的案件的一般原则,此即所谓的遵循先例原则。普通法系民法的结构不是理性逻辑的,而是以判例法为基础的经验体系,通过一定的原理而不是概念,将主要散见于庞杂的有效判例中的规则联系起来。这一结构是一个灵活和不断发展的体系,不能依靠概念分析、演绎推理去理解和发现法律,只能从积累的经验中抽象出规则以及理解它们的联系。因此,英美法系民法的体系是大陆法系所难以理解的,这个经验的体系由于无需文字表达的逻辑综合,因而在结构上看起来似乎是庞杂无章的,但在英美法律职业者看来,此种体系却是最好的,它是一个以法官的“语言”构成的体系,这个体系特别适合于社会的发展,也有利于法官发挥作用。〔8〕

而在大陆法系国家,对这种“遵循先例”的原则却完全持否定态度。他们至少在理论上不承认任何法院的司法判例具有法律效力。下级法院在法律上不受上级

〔6〕 [美]梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,知识出版社1984年版,第53页。

〔7〕 [美]梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,知识出版社1984年版,第5页。

〔8〕 参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第84页。

法院判例的约束。大陆法系国家在处理案件时,首先考虑的是制定法所确定的一般法律准则,传统民法学运用了一个单纯的逻辑模式作为法律适用始终应遵循的方法,称之为确定法效果的三段论法。^[9]在这个逻辑推理的三段论中,一个完全的法条构成大前提;而将具体案件事实归属于法条构成之下的过程,构成小前提;最后推出结论。法官俨然像一个机器操作工,只能谨慎地活动于立法者所设定的框架之内,把法学家创造出的“系统、清晰、逻辑严密”的法典适用于具体的案件事实。

可是,任何规则总有例外。长久以来,三段论在司法实践中得到了一致的应用。但是当代越来越多的法学家发现,三段论法的模式不恰当地简化了法律适用的过程。在法条就构成要件以及法效果规定得相当精确的场合,三段论的清楚适用问题不大,但是,事实上法律中的多数法条是不完整的,往往要运用不确定的概念或者需要填补的标准,而这些通过归纳法抽象出来的一般原则,不论其有多大的概括性,当其适用于特殊的案件时,总难免会产生不公平的结果。王利明先生说:“当今世界法治发展的趋势表明,判例法未因成文法的发达而湮没在浩如烟海的法典及法律之中,相反,判例法在法律的创制、解释及填补法律漏洞上所发挥的作用,使其地位比以往任何时候更加突出。”^[10]

(二)务实的普通法系的法官与大陆法系抽象理论研究传统

西方法学界有一句名言:普通法是由法官创造和建立起来的。^[11]普通法从最初创立,到后来形成和发展,都离不开法官的贡献。正是由于法官们逐案严密地进行推论,才建立起这样一个法律体系,使以后的法官只能服从“遵循先例”的原则,依据案例处理类似的案件。

而在大陆法系国家,则在理论上排斥法官对法律的解释权。大陆法的传统理论认为,不论法官对法律作何解释,这都意味着“法官立法”,而法官只应当执法。

因此,西方的法学家说,普通法的法学家是务实的,而大陆法系的法学家只注重抽象的理论研究。

三、判例在民法渊源中的重要地位

(一)判例在两大法系中均有重要作用

在英美法国家,判例法处于优先适用的地位。只有在判例不敷应用之际,才适用其他法律渊源。其实,两大法系审判模式的形成,都是在各自特定的历史环境

[9] [德]拉伦茨:《法律方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1999年版,第168页。

[10] 王利明:《中国民法案例与学理研究》(总则编),法律出版社1998年版,第1页。

[11] [美]梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,知识出版社1984年版,第37页。

中,由于政治、经济、法律文化、民族传统等种种因素的相互影响,逐步演进,通过一个长期的发展过程,才最后形成的,而且它们至今依然在不断地变化发展中。

审结案例不但直接反映了法官对案件的分析能力和执法精神,而且可以直接展现法官的法律意识以及其对立法的理解;同时,案例的具体情节还反映现实的社会现象,特别是经济发展状况,以及法治建设水平。成功的优秀判例,可以使法官处理同类或类似案件时,作为重要的参考资料,起到示范作用。所以,判例的研究,本身就是总结法官办案的经验、提高审判水平的一个有效途径。在大陆法系国家同样如此。

权威法学家公认,简单地去评判不同法系的优劣实际上是个愚蠢的问题。任何理论都渊源于社会实际,是社会实践的反映。在对待判例的态度上,尽管两大法系理念不同,但都不否认判例在司法审判实践中的重要作用。

(二) 中国古代“律例并用、以例辅律”的判例法

1. 中国古代作为法律渊源的判例法。先例一直在中国固有民法中居于某种主导性的地位。学者所称的作为法律渊源的判例法,是指由法院在裁判过程之后所作出的那些判决例而形成的法律。英美法系以判例法为重要法律渊源,故其各级法院便有系统的判例汇编向公众公布;大陆法系国家凡是承认判例有补充制定法效力者,也都有官方出版的判例集。^[12] 强调“个案裁判就是法律”是英美法学家的名言。^[13] 众所周知,在大陆法系法院原则上是不受自己、同级或上级法院所作出的判决的拘束的,不过这并不妨碍其同样可以产生判例法。在司法实践中,往往一项判决作出之后,再遇有同样的案件发生,只要没有特别反对的理由,法院必然会作出同样的判决。故可见,“以同样判决屡经援用,人民之间遂成为习惯法而发生法律的效力。此即所谓判例法”。^[14]

中国古代没有像古代罗马人那样,将业已存在的民事法律制度整理成逻辑严密的民法典或条理清晰的教科书,却只是本着息事宁人的宗旨,满足于合情合理地判定实际案例。^[15] 故而需要引起我们注意的就是,先例一直都在中国古代法中居

[12] 如中华民国大理书记厅曾编判例集,收录民国元年(1912年)七月至民国三年(1914年)七月民刑事判决。

[13] 陈传法:“法的移植简论”,载《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第6页。

[14] 史尚宽:《民法总论》,台湾正大印书馆1980年版。

[15] 怀效峰:《明代民事判牍研究》(序),广西师范大学出版社1999年版。

于一种主导地位,诸多裁判案件的汇集都可以证明这一点。^[16] 恰恰就是通过审判机关所累积起来的判例,中国固有民法同样形成了一个能够与社会生活相对应的统一完整的规范体系。^[17]

2. “律垂邦法为不易之常经,例准民情在制宜以善用。”中国固有民法的演化规律是,先是“以例辅律”,逐渐“例律并行”,最后“以例破律”。所谓“例”,即成例汇编,是在汉代“比”的基础上发展起来的一种法律形式,但明清法规以律为主,律外有例、诰、令、条例、则例、会典等;特别是经常以奏准的例来补充律文的不足。^[18] 明清时期律例合编。清律继承和发展了明律的有关规定,清朝法典分为“律”与“例”两部分,律是正文,例是附例。“凡律令该载不尽事理,若断罪无正条者引律比附,应加应减,订拟罪名,议定奏闻。”“律不尽者著于例……有例则置其律,例有新者则置其故者,律与例无正条者,得比而科焉,必疏闻以候旨。”而且《则例》又与“律令相表里”,在法源上具有统一性。^[19] 以至于有学者说:“清以例治天下,一岁汇所治事为四季条例。采条例为各部署则例。新例行,旧例即废,故则例必五年一小修,十年一大修。采条例以入会典,名为会典则例,或事例。”^[20] 据考证,嘉庆十六年“清厘例案之时”,皇帝曾发布上谕:“著各该堂官等择其在署年久、熟谙政务、平素端谨之人,责令详慎修辑,务使义意贯通。词句明显,以便永远遵守。”^[21] 嘉庆的这一上谕后被载入了《钦定户部则例》“通例”门中。而在同治四年《户部纂辑则例》中更明确规定:“旧例有与现行之案不符者,逐条逐案详查折中。”采取的办法是:“例均舍案存例,案均改例从案。”即是说,当现行之案较多,而例与之相矛盾时,将案上升到例,即所谓“新例”,而原例或删除,或作为案保留在例中,以体现不以案废例的原则。^[22] 可见,到清朝业已形成一系列比附范例作为审判时所应遵循

[16] 王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第41页。
Jamison, Translations of Leading Cases, China Rev., XVIII, No. 33. (1889); Ernest Alabaster, Notes and Chinese Supreme Court Decisions, Peking, 1923; Wigmore, Panorama of World's Legal System (1929), I, p. 179.

[17] [日]滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括法源——情、理、法”,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新、范愉、陈少峰译,法律出版社1998年版,第73页。

[18] 张晋藩:“中国法制史发展概论”,载《中国法学》1984年第2期。

[19] 林乾、张晋藩:“《户部则例》的法律适用——兼对几个问题的回答”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第120页。

[20] 林乾、张晋藩:“《户部则例》与清代法律探源”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第121页。

[21] 《钦定户部则例·通例》(同治十三年本)卷九十八。

[22] 林乾、张晋藩:“《户部则例》与民事法律探源”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第118页。

的先例。^[23]

总之,例与律的地位随时代的变化而有消长,基本过程是:先是以例辅律,逐渐例律并行,最后以例破律。荀子曾说过:“有法则以法行,无法则以类举,听之尽也。”^[24]武树臣认为:这即为荀子提出的司法审判原理。其含义即是说:“在审判中,有现成的法律条文可援引的,就按法律条文定罪科刑,没有法律条文的就援引以往的判例,没有判例就依照统治阶级的法律意识、法律政策来定罪量刑,创制判例。”^[25]

考证还说明,例如在清代时,习惯法和判例法都是审判机关处理案件时的重要法律渊源。由于此种“例”其实是对成案中包含的法律原则的高度抽象,而适用成案事实上又是清代法律适用的一项原则,以至于清朝号称“以例治天下”。

3.“定例”是中国古代成文法的重要组成部分。中国古代同样存在着实质意义上的判例法,认为中国古代是所谓“混合法”的学者说:“中国存在着实质意义上的判例法乃至判例法体系。在清代,已经存在着一种判例法的形成机制,经过这种机制抽象出来的例,体现了若干禁止性授权性的规范,因而成为一种可以普遍适用于其他相关案件的法律原则。因此,清代不仅存在着判例(成案),也存在着判例法(定例),而且存在着判例法体系(大清例的体系)。”^[26]

《大清会典则例》明文规定了各部事例,“有与律义相合者”采入律例的原则。^[27]修订律例时,事关罪罚,应入例者纂入律例。^[28]故有人认为:在封建社会后期,“律”仅规定大的原则,而“敕”、“例”等则从各个具体方面予以补充并可进行一定幅度内的修正。那些作为大原则的“律”是相对稳定的,很少进行修改,而实际起作用的那些附属立法如“例”,则会因时因地频繁修订,此即所谓“律垂邦法为不易之常经,例准民情在制宜以善用”。^[29]无疑,在民事法律调整中,这一特点尤为突出。

可见,只要我们不坚持那种僵硬、狭隘和陈旧过时的实证主义的法律定义,就可以看清楚,在中国运用法律来实施统治是一种极其久远的传统,自秦汉以后,不

[23] 张晋藩:“清律初探”,载《法学研究》1979年第1期。

[24] 《荀子·王制》。

[25] 武树臣:“中国古代法律样式的理论诠释”,载《中国社会科学》1997年第1期。

[26] 何勤华:“清代法律渊源考”,载《中国社会科学》2001年第2期。

[27] 乾隆《大清会典则例》卷一百二十四,《律纲》。

[28] 林乾、张晋藩:“《户部则例》的法律适用一兼对几个问题的回答”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第76页。

[29] 曾宪义:《中国法制史》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第7页。

但每个朝代都有大量的法律典章流传下来,而且这些条例随时损益,体现着有关社会变化的大量信息。^[30]所谓“有法则以法行,无法则以类举,听之尽也”,在中国古代民法这个领域,难道不更是如此吗?!

(三)成文法国家判例的弥补作用

在中国这样的成文法国家,不论是民法还是其他的一些法律,虽然可以通过立法和司法解释等手段来不断弥补现行立法的不足,但不论将民法的渊源扩充到何种范围,只要其中还没有包括判例,仅想以单独一部民法囊括社会生活中的一切社会关系,显然是不切实际的。这就是所谓成文法的局限性。对于审判实践中遇到的、许多属于民法调整范围内的、但民法又没有明文规定的社会关系,事实上,任何国家都不得通过判例的方式来予以调整。就是成文法中的运用法律的基本原则、理解立法者的意图及法律精神、扩张解释某些条文的含义等手法,来适用法律,或者对在适用范围、条件等方面规定不明确的条文,也须运用各种法律解释学的方法对其进行解释,而这一切,其最终均需体现在审结的案例中。毋庸置疑,由此形成的案例,对司法实践有着重要的指导意义。对其进行系统地整理和研究,具有不言而喻的价值。事实上,在我国,许多类似情况就是通过最高法院对判例的认可来予以规范的。日本学者尾高潮雄说过,法解释学的作用不仅在于理解法律,而且还常常起着造法的作用。

所以研究业已表明,中国固有民法的一个重要特点,恰恰就是正律以外各种广义的法律相互配合,才构成了一项项调整民事生活的具体的法律制度。尽管中国历代法典均无明确系统的时效法律制度的规定,但以有效调整民事关系的各种单行法为主干而构成的民事法律规范体系,同样可以形成中国古代的时效制度,而且即使以近代民法的标准来予以考察,似乎也并非相去甚远。

也正因如此,虽然在我国漫长的古代社会中,没有一部集中的民法典来调整财产关系和人身关系,但却通过各种单行的法令条例对有关物权、债权、婚姻家庭方面的各种民事法律关系进行着有效的调整。^[31]故而必须注意的是,中国固有民法首先并不局限于律典。

众所周知,中国古代“法外有法”,律与其他各种法律形式并行。^[32]从秦开始,法律的主要形式统称为律,如《秦律》、《汉律》、《明律》、《清律》等。但除此以外,还有其他多种法律形式。例如,汉、魏六朝,律令之外,还有“科”与“比”。科是“事

[30] 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第15页。

[31] 张晋藩:“论中国古代民法研究中的几个问题”,载《政法论坛》1985年第5期。

[32] 饶鑫贤:《中国法律史论稿》,法律出版社1999年版,第62页。

条”；比是“类例”。唐代律、令、格、式并行。“律”是主要的法典，规定罪名和刑罚；“令”是皇帝的命令，规定贵贱等级方面的重要制度；“格”是关于官吏办事规则的规定；“式”是官署通用的公文程式。在这四种形式中，以律为纲，以令补律的不足，以格、式辅助律、令的施行。此外还有各种独特的形式，如宋代有《编敕》，就是帝王的诏书和命令的汇编；明、清有《例》，它是和“比”相类似的成例，但不一定有具体事例；明还有《大诰》。这些法外之法的存在，特别是它们不断增多的情况，不仅仅说明了封建法网日趋严密，封建专横的越来越苛酷和封建法制的越来越濒于崩溃，^[33]而且对我们理解中国固有民法来说，有其更重要的意义。可以说，恰恰就是正律以外各种广义的法律，相互配合，才构成了中国古代一项项调整民事生活的具体法律制度。以至于有学者说，如果我们仅仅依据《大清律例》的例文那样的成文法，是不能全面了解古代相关法律变化的，甚至会出现诸多的“误读”。^[34]

近年来法律史研究中对正律以外的大量史料的考证再一次说明：既然中国古代曾有辉煌的国际和国内贸易是不争的事实，且调整这些社会关系的大量的行为规则和裁判规则的存在亦不容置疑，那么，只要转换思路，从实质意义上的民法渊源的角度来看问题，就不但可以发现中国古代固有民法的实在体系，而且能够概括出其特有的调整模式，这无疑对目前我国民法典的编纂，同样具有重要的现实意义。

中国古代肯定没有形式意义的民法，但“有法制必有法典”的思维定式显然有欠妥当，中国古代不可能没有实质意义上的民法。历朝法典中凡户婚钱债田土等事摄取入律，既然狭义的实质意义上的民法，其仅为私法之一部，故而从广义的实质意义的民法的角度来看，凡有法律实质者不问形式皆可谓之民法。时效问题不就是一个较为典型的例子吗？这样，中国古代有无民法的争议因此也就迎刃而解，不应再成为问题。可见，以成文法为表现形式的民法的直接渊源之外的间接渊源，即法律之外的其他法源，是我们理解中国固有民法法律渊源的多元结构的关键。

此外，中国古代“说经解律，引礼入法”，礼作为伦理道德和社会规范的总和，是调整民事法律关系的特殊形式的法，农业社会中的家族法，无疑是稳定财产与人身关系的基本行为规范，而且这两者都是中国古代对国法的重要补充形式。对民事法律关系进行调整的传统习惯法，是弥补制定法不足的固有民事法律规范，地方官对习惯的认可，使得调整利益冲突的一整套地方性的行为规范得以确立。国家

[33] 饶鑫贤：《中国法律史论稿》，法律出版社1999年版，第63页。

[34] 林乾、张晋藩：“《户部则例》的法律适用——兼对几个问题的回答”，载《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》，法律出版社2003年版，第77页。

对民间交易习惯的适度放任,又表明中国古代也有“凡是不违法的就是合法”的理念。特别需要人们注意的是,中国古代亦有“民有私约如律令”的理念,说明当时通过违法惩处而赋予了契约以法律效力。而中国古代“律例并用、以例辅律”的判例法,使古代民事诉讼“有法则以法行,无法则以类举,听之尽也。”这不但证明“定例”是中国古代成文法的重要组成部分,而且说明中国古代存在着实质意义上的判例法。

(四)判例研究是促进法律进步的必要途径

有人说,近代立法中,有一种成文法与判例法融合的趋势。^[35] 在成文法系国家,需要对法律作出解释。法学家强调,解释法律,不宜拘泥于法条文字,应当找出隐藏某一规定之后的法理或一般原则,以适用于法律没有明文规定的事项,这是法学和法院的权利与义务。

而且,即使是在成文法国家,遵循先例的原则事实上也依然是法制的重要原则之一。否则,不但对事实相同的案件可能出现不同的判决结果,而且对同一条件下发生的同一事实,也可能出现不同的法律后果。而这两种情况的蔓延,无疑都会从根本上动摇民法作为行为规范的基本意义。

中国历史上第一部民法典草案《大清民律》的诞生是中国固有民法在旧律体系外的重构,“奉夷为师”、取法日本特别是移植了德日民法典的概念与制度,不但奠定了民国初年民法近代化的规范基础,而且也给今天的中国民法留下了挥之不去的“潘德克顿法学”的理论印记。民法典的起草不但体现了一种理念的转变,而且预示着民法功能的演化。其分编起草、分别通过的潘德克顿的五编体制,适应现代社会需要的法律原则和法律规则,不但为法律的发展留下了自我开拓的空间,而且反映了当时对民法基础理论的深入研究。特别是《中华民国民法典》顺应现代立法的趋势——民商合编法典,奠定了中国“民商合一”立法模式的基础,其《民法物权编》作为私有财产神圣不可侵犯的宣言,防患于未然以“定分止争”,特别是其“准诸本国习惯”来“移植西方法律”,在“移植的法”与“长成的法”之间寻求恰当的连接与交融,为我们今天的民事立法留下了宝贵的经验。

最近,民法学界学者再次主张,我国所要制定的民法典应是一部开放型的民法典,而不应是一部封闭型的民法典。无疑,所有的民法学者都想要制定一部反映中国20世纪民法的成就、而且能够影响21世纪的“世纪法典”。人们不禁要问:我们行将制定的中华人民共和国民法典与一百年前即开始起草的、集中了那么多中国

[35] 王利明:《中国民法案例与学理研究》,法律出版社1998年版,第1页。

人的智慧的《中华民国民法典》，两者之间到底有没有关系呢？如果有，它们又是一种什么样的关系？我以为，要解决这个问题，首先要做的事情，就是了解中国固有民法及其法典化的历史和现状。

英国著名的法学家密尔松先生曾经在他的《普通法的历史基础》一书中说过：“从法律的本质来看，目前的状况必须与刚成为过去的事物相吻合，因此，法律史的本质就是研究由证据材料有规律地表现出来的令人困惑的问题。”显然，从民法发展的历史的角度，只要对目前法制史学界有关固有民法的各种最新研究成果，即使是以一个民法学者的视野做一个的囫囵吞枣的扫描，那么，我们当用民法发展的这样一条历史线索，将自己感悟的只言片语，或那些问题之点连接在一起的时候，恰如密尔松在他的大作《普通法的历史基础》中阐述过的那样：“法的历史就像儿童们玩的那种拼图游戏一样，当你用线条把一定量的点连接起来时，突然一幅图画就会出现那些看来杂乱无章的线段之中。”

中国古代民事法律规范系统的独到之处，如果从法律方法论的角度来考察的话，其最大的特点就是用负面防范的表述方法，即用“凡是不违法的就是合法”的思维方式来界定民事法律关系的。只要我们把握了其规范民事关系的律例条文大多为禁止性的消极规范的特点，就明白了中国古代的任何社会规范，原则上只要附有了法律制裁，就变成了法律的道理。

所以我们会发现，中国固有的民法本质，在于其是在成文的法典体系外来设想和构筑市场的实定秩序的，故而所谓正律仅仅是一种作为民事活动底线的最基本的要求。由于中国古代的民法无非是长期积累的临时应急措施的定型化，致使民事法律规范大量掩藏在了律典的例文之中。无疑，中国固有民法是在一个包含有多个法律规范系统的层面之中，实施着多种法律渊源综合调整的法律规制方法。在古代，可以说中国人是自觉或不自觉地应用系统论的方法，而形成自己开放性的民事法律规范的体系的。

许多学者都认为，从某种意义上说，像侵权行为法、人身权法本来就是案例法，其实，案例研究对学习和掌握侵权行为的民事责任，有着特殊的意义，借鉴判例制度，在中国整个民法的发展和完善中，无疑也有其非常重要的意义。对中国古代“民有私约如律令”的考证，更使我对此有了进一步的理解，特附于书后，以飨读者。

李星冬

2008年1月于中国政法大学学院路校区

目 录

案例与法

——兼论两大法系的法律方法论之异同(代绪论)	(1)
------------------------------	-----

第一章 婚姻法概述

第一节 婚姻的概念与特征	(1)
--------------------	-----

第二节 婚姻法的概念与特征	(8)
---------------------	-----

第三节 婚姻家庭法律关系	(15)
--------------------	------

第四节 婚姻家庭法的渊源和效力	(23)
-----------------------	------

第二章 婚姻家庭法的原则

第一节 婚姻自由原则	(30)
------------------	------

第二节 一夫一妻原则	(39)
------------------	------

第三节 男女平等原则	(41)
------------------	------

第四节 保护妇女、儿童和老人合法权益原则	(43)
----------------------------	------

第五节 计划生育原则	(53)
------------------	------

第三章 婚姻的成立

第一节 婚姻成立的概述	(56)
-------------------	------

第二节 结婚要件	(60)
----------------	------

第三节 结婚程序	(69)
----------------	------

第四节 婚姻的无效和撤销	(74)
--------------------	------

第五节 与结婚制度有关的规定	(84)
----------------------	------

第四章 婚姻的效力

第一节 婚姻效力概述	(90)
------------------	------

第二节 夫妻的人身关系	(97)
-------------------	------

第三节 夫妻财产关系	(105)
------------------	-------

第五章	婚姻的终止	(117)
第一节	离婚制度概述	(117)
第二节	离婚的程序	(123)
第六章	离婚的效力	(133)
第一节	离婚对当事人身份上的效力	(133)
第二节	离婚对当事人财产上的效力	(135)
第三节	离婚对子女的效力	(152)
第四节	离婚时的救济方式	(159)
第七章	父母子女关系	(163)
第一节	父母子女关系概述	(163)
第二节	监护	(181)
第三节	亲权	(195)
第四节	子女	(204)
第八章	收养关系	(215)
第一节	收养制度概述	(215)
第二节	收养关系的成立	(225)
第三节	收养的效力	(232)
第四节	收养的终止	(236)
跋		(245)